جامعة القرويين

كلية الشريعة والقانون

أيت ملول – أكادير

مقرر مادة:

الولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية

المحور الثاني: الحضانة

تأليف: الأستاذ د. حسن قصاب

الفصل الثالث

السنة الجامعية: 2011 ـ 2012

بسم الله الرحمن الرحيم

➢ الحضانة: التعريف والسند الشرعي:

أخذت الحضانة لغة من الحِضن وهو الجنب، فهي بذلك الضم إليه مما دون الإبط. وحضن الشيء جعله في حضنه أي ضمه إلى صدره. وتعرف في الاصطلاح بتعريفات كثيرة منها تعريف ابن عرفة " حفظ الولد في نفسه و مؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده "، وهي للإناث دون الرجال لأنهن أشفق وأصبر وأشد ملازمة للأطفال. لذلك فإننا نميل إلى تعريف الحضانة بعبارة مختصرة وهي " الحضانة حاجة الطفل إلى النساء" .

يعتمد أغلب الفقهاء في الدلالة على السند الشرعي للحضانة بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه :" أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي؟! فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : " أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكِحِي " رواه أحمد وأبو داوود وصححه الحاكم[1].

ومن الأثر ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله: أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه طَلَّقَ أُمَّ عَاصِمٍ، ثُمَّ أَتَى عَلَيْهَا، وَعَاصِمٌ فِي حِجْرِهَا، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهَا، فتجَاذَبَاهُ بَيْنَهُمَا، حَتَّى بَكَى، فَانْطَلَقَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ رضي الله عنه ، فَقَالَ لَهُ: يَا عُمَرُ! مَسْحُهَا، وَحِجْرُهَا، وَرِيحُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ، حَتَّى يَشِبَّ الصَّبِيُّ، فَيَخْتَارَ لِنَفْسِهِ[2].

على أن هناك أدلة أخرى تستفاد من القرآن الكريم ومن السنة الصحيحة سنشير إلى بعضها في الخلاف في مسألة سقوط الحضانة بزواج الأم الحاضنة.

الحضانة غير الولاية: نجد كثيرا من الكاتبين يحاول تقريب الحضانة فيشبهها بالولاية، لذلك وجب التنبيه أن ليست للحضانة أية علاقة بالولاية على الطفل ولا على أمواله، و إنما هي رعاية من أجل تربيته وصيانته في المدة التي يحتاج فيها إلى النساء ، ولهذا قلنا إنها حاجة معنوية، وهو ما عبر عنه الأثر عن أبي بكر رضي الله عنه. و في ذلك الرد الجلي الذي لا غبش فيه على من يتسرع ويقول إن الفقهاء لم يشيروا في الحضانة إلا لجانبها المالي .

أما الولاية فهي تدبير شؤون القاصر أو المحجور ومراقبة أحواله، وهي تكون أصلا **للأب** في حياته ولوصيه بعد مماته إن ترك ذلك الوصيَّ أما إن لم يتركه فللمقدم أو للقاضي.

فالحضانة إذن هي المحافظة على الطفل من كل ما يضره والقيام بلوازمه إلى أن يستغني عن خدمة النساء.

ولعل عبارة ابن عاصم صاحب التحفة لا تشير إلا لما قلناه من اعتبار الفقهاء - متقدمين و متأخرين- للجانب المعنوي:

وصرفها إلى للنساء أليق * لأنهن في الأمور أشفق

و إذا اتضح هذا أمكن أن نعرج على ما اختارته المدونة تعريفا، فنقول:

لقد احتفظ المشرع بتعريف الحضانة في المادة 163 بما ورد في المدونة القديم بقوله :" **الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه"**، لكنه أضاف فقرة ثانية هي بمثابة

---

[1] انظر تخريج مفصل للحديث في نصب الراية للزيلعي: 3 / 26 ، انظره أيضا في تخريج مشكاة المصابيح للألباني رحمه الله - الرقم: 3312 من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وحكمه عليه بالتحسين . وهو ذات حكمه على رواية عبد الله بن عمرو بن العاص للحديث في صحيح سنن أبي دواد: 2276 .

[2] ابن حجر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: 81/2

شرح وتفصيل لما أجمل في التعريف، فنص في الفقرة: "**على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون.**"

وهذه الزيادة في المبنى زيادة في المعنى؛ إذ يثير الاهتمامَ صَوغُ فعل الخوف للمجهول " إذا خيف" بحيث يرتب ذلك **توسيعا** في المتدخلين في مسائل الحضانة. وهي المسألة التي تُلزم التنبيه إلى العوامل التي حكمت المشرع في الصياغة النهائية لمدونة الأسرة.

➢ **ثلاثة عوامل حاكمة:**

إن الزيادة المشار إليها في التعريف وما يبنى عليها في كل مستجدات باب الحضانة حكمتها ثلاثة عوامل مؤثرة، وهي:

- مصادقة المغرب على اتفاقية حقوق الطفل.
- توسيع دور القضاء
- الدور الجديد للنيابة العامة .

ولفهم هذه العوامل مجتمعة لابد أن نشير إلى أن المطالبة بالحضانة كانت من أكثر القضايا رواجا أمام المحاكم، كما كانت مآسيها من أعنف ما يقع بين الطليقين. ثم إن ما زاد قضاياها تعقيدا كونها - بالأساس - حقا معنويا لأطفال تضرروا من ممارسة الأبوين لحق حل ميثاق الزوجية. لذلك ثارت نقاشات كبيرة في العمل القضائي عن نجاعة الحلول التي كانت تقدم في إطار المدونة الملغاة أو حتى بعد تعديلات 1993 التي جاءت حينها بحلول مهمة منها تعديل الفصل 99 فيما يخص ترتيب الحاضنين وكذا الفصل 102 المحدد لأمد الحضانة ولحق اختيار المحضون لحاضنه.

لكن بقيت تلك القضايا نقاشا محصورا بين المهتمين بالاجتهاد القضائي إلى أن صار الهمسُ جهرا لما انضمت المملكة المغربية رسميا إلى **اتفاقية حقوق الطفل**[3] ، فكان لزاما أن يحاول الانسجام مع مقتضياتها. و من أهم التأثير الذي للاتفاقية هو حسمها في الأحق بالحضانة، بحيث جعلته حقا خالصا للمحضون للقاعدة الأساس في الاتفاقية وهي" **اعتبار المصلحة الفضلى للطفل**"، بينما كان الفقه مختلفا في ذلك – كما سنرى في موضعه-، وبهذا الحسم تأثرت جملة قضايا أهمها تحديد سن الحضانة و حقوق الاختيار والتدخل.

أما بالنسبة **لتوسيع دور العمل القضائي** فإن هذه من تلك، إذ باعتبار الاتفاقية واحترام مقتضياتها كان لزاما ألا تبقى يدُ القضاة مغلولة بقيود المدونة الملغاة التي كانت تجعلهم عاجزين عن التدخل، سواء في إسناد الحضانة للأصلح أو في التدخل لرفع الضرر عن المحضون وهو في يد المستحق قانونا لحضانته. لذلك فإن قاعدة " **اعتبار المصلحة الفضلى للطفل**" جعلت تدخل القضاء بسلطته التقديرية واسعا ومؤثرا .

وأما ما يخص **دور النيابة العامة**، فإن مقتضيات المادة الثالثة من المدونة التي جعلتها **طرفا رئيسا في قضايا الأسرة** ألزمتها بتحمل مسؤولياتها كاملة في تتبع رعاية المحضون في الحالات التي لا يقدر فيها القضاء على ذلك، مما يعني أن دور النيابة العامة صار استباقيا و وقائيا، ولا يمكن لمستحق الحضانة أن يدفع بأن النيابة العامة غير مختصة وأن استحقاقه للحضانة يمنع تدخل الأغيار، لأن المادة الثالثة من المدونة – كما أشرنا- جعلت النيابة العامة طرفا رئيسا، مما يعني قانونا أنها **ذات**

---

[3] اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نونبر 1989 و دخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي بتاريخ 2 شتنبر 1990. وانضم المغرب إليها رسميا بالتوقيع سنة 1993 وإن تحفظ آنذاك على ما جاءت به المادة 14 من هذه الاتفاقية والمتعلقة بالحرية الدينية لطفل. ولقد نشرت لاحقا بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996.

مصلحة ولها الحق بسبب ذلك في رفع الدعوى ضد من يمس تلك المصلحة بحسب ما يقتضيه قانون المسطرة المدنية في فصلها الأول.

و باعتبار ما سبق فقد قننت مدونة الأسرة أحكام الحضانة في المواد من 163 إلى 186، وهي مواد جاءت أكثر تفصيلا مما كان عليه الحال في المدونة الملغاة، على أنه تفصيل أملاه الحسم في جملة قضايا كانت مترددة بين أقوال الفقهاء وتنوع الاجتهاد القضائي، لذلك نتناول مجملها بكثير من الإيجاز .

- **الحضانة حق أم واجب؟**

لا خلاف أن الحضانة واجب الزوجين معا حال قيام الزوجية و استقرارها وهو المؤكد في المدونة بمقتضى المادة 164، لكن المسألة تأخذ طابعا آخر بانفصام ذلك الميثاق. فما موقف المدونة في ضوء العوامل الثلاث ؟

نشير أولا أن الفقه قد اختلف في المسألة، فدأب المالكية للمشهور في المذهب على اعتبار الحضانة حقا خالصا للحاضن وهو الرأي المتردد عند الشافعية و أغلب الفقهاء. بينما ذهب الحنفية إلى أنها حق بين الحاضن والمحضون مع رجحان حق المحضون.

ولم تبين المدونة الملغاة طبيعة الحضانة لكن يظهر أنها قد اختارت رأي المالكية لمّا جوزت الخلع للزوجة بشيء يتعلق به حق الأولاد، وهو ما رتب مسؤولية أثقلت العمل القضائي فجعلته مكبلا حائرا، خصوصا إذا تم الاتفاق على إسقاط الحضانة بين الزوجين – مادامت حقا للحاضن-؛ فهل يعمل القاضي بمقتضى الاتفاق فيخالف مقتضى المدونة الملغاة التي تُلزمه باتباع ترتيب المستحقين، أم يحترم القانون و يطبقه منكرا لشريعة المتعاقدين؟ ثم ما جدوى التنازل والقانون يلزم باتباع الترتيب في الاستحقاق؟

كلها أسئلة وغيرها فرضت مراجعة مباحث الحضانة في ضوء العوامل الثلاث، لذلك جاء الحسم واضحا في مدونة الأسرة، بحيث يفهم ذلك جليا في المادة 186 أساسا ثم في المادة 164و في الفقرة الثانية من المادة 170. إذ بالجمع بين مقتضياتها، فإن المحكمة صارت ملزمة بمراعاة مصلحة المحضون في تطبيق مواد الحضانة، ومن ثمة يحق لها بطلب من يعنيه الأمر أو النيابة العامة أن تقرر اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط . كما صار من حق المحكمة أن تعيد النظر في إسناد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون .

- **أمد الحضانة :**

هي أيضا من المسائل التي طالها التعديل بسبب مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل التي جعلت المدونة ملزمة بتحديد سن الرشد وتسوية الذكور و الإناث فيه.

ولقد كانت المسألة عند الفقهاء موضع اجتهاد متنوع بحسب ما أسسوا عليه تقدير الحضانة؛ فقال المالكية إن الحضانة تبتدئ من الولادة وتستمر للغلام حتى البلوغ، بينما لا تسقط في حق الأنثى إلا بزواجها (وبالدخول تحديدا لأن به تجب نفقة الزوجية كما سنرى)، بينما قال الحنفية أن مدة الحضانة سبع سنين للذكر و تسع للأنثى، أما الحنابلة فقالوا أنها تسع سنين دون تمييز بين الذكر و الأنثى على أن لهما حق الاختيار بعد السبع. ويبقى رأي الشافعية أوسع الآراء و أقربها لما ستعتمده المدونة لما اعتبروا مدة الحضانة غير محدودة، وأن الطفل يبقى عند أمه حتى يميز فيختار آنذاك.

ولقد كانت المدونة آخذة بما عليه رأي المالكية، لكنها صارت ملزمة بتعديل السن التي تسقط ببلوغها أجرة الحضانة، وذلك لداعيين كبيرين:

أولها تأثير اتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر الطفولة مستمرة إلى بلوغ سن 18 سنة، و أن كل تقليص لهذه السن العالمية أو أي تمييز بين الذكور و الإناث فيها هو مساس بحقوق الطفل.

ثانيهما ضرورة التزامها بمقتضيات المادة 209 من المدونة نفسها التي تنص على أن سن الرشد القانوني هو 18 سنة شمسية كاملة. وهو التحديد الذي صار لازما في جميع القوانين المغربية، وهو ما ظهر جليا حتى في ولاية العهد في الدستور المعدل أخيرا، بمعنى أن المشرع المغربي صار ملزما بتوحيد سن الرشد في جميع المجالات بعدما كانت المسألة موضع اضطراب كبير قبل صدور المدونة .

لذلك جاء التعديل في المادة 166 بتوحيد مدة الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى ورفعها إلى سن الرشد القانوني وهو 18 سنة بعد أن كان (12) سنة للذكر و 15 سنة للأنثى في المدونة الملغاة. ثم إن توحيد هذه السن لم يخل من أثر لقاعدة " مصلحة الطفل الفضلى" وذلك حين قررت حق المحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة– الذكر والأنثى على حد سواء- في اختيار من يحضنه من أبويه.

وإذا كان لمسألة الاختيار هذه أصل في الفقه الاسلامي – خاصة عند الشافعية والحنفية- فإن الجديد هو إمكان اختيار المحضون لحاضنه من أحد أقاربه بتوافر شروط هي:

- عدم وجود أبويه .
- ألا يتعارض ذلك مع مصلحته
- موافقة نائبه الشرعي أو بت القاضي في حالة عدم الموافقة وفق مصلحة القاصر.

➢ **مشمولات الحضانة:**

ويعبر الفقهاء عن المسألة ضمن بحثهم لأجرة الحضانة؛ ومن ثمة قال المالكية إن الحاضن لا يستحق أجرة، وذلك مؤسس عندهم على كون النفقة شاملة لمجمل النفقات دون فصل بين النفقة والحضانة، وخالفهم بقية الفقهاء لما أقروا بأقوال متقاربة حق الحاضنة - أمّا كانت أم لا- في طلب أجرة الحضانة مستقلة عن النفقة وأنه إذا كان للصغير مال ظاهر- بحسب الشافعية والحنفية – جاز اقتطاع تلك الأجرة منه، وإلا فمن مال من تجب عليه نفقته.

ولقد كانت المدونة الملغاة تخص الحضانة بأجرة مستقلة، إلا أنها كانت تلتزم رأي المالكية في جعل سكنى المحضون من مشمولات النفقة.

لكن صار تضمن السكنى في التقدير الإجمالي مسألة مؤلمة للجميع بالنظر لحساسية موضوع السكن و للأزمة التي صارت لصيقة به في المجتمع المغربي؛ إذ كان الأب يسارع مطالبا بإفراغ الحاضنة لانقضاء عدتها، ولكونه يؤدي المقدر من سكنى المحضون ضمن المستحقات المترتبة عن الطلاق بما فيها أجرة الحضانة. بينما كانت تتعلل الحاضنة بأن سكناها تابعة لسكن المحضون و أن ذلك من واجبات الأب التي لا يجوز للقضاء أن يحرمها منها.

و بحكم أن المتقاضين لا ينتظرون حلول القضاء البطيئة، فإن الأب كان يبادر إلى تعمد تراكم الوجيبة الكرائية إذا تعلق السكن بمنزل مؤجر، لتُقابل الحاضنة بدعوى الإفراغ المتعلقة بحق المكري الذي لا يمكن أن نحشره في مشاكل الزوجين. أو يعمد إلى بيع المنزل بمن فيه، إذا ما تعلق الأمر بمنزل مملوك له. فتبقى النتيجة واحدة، وهي: مآسي بالجملة كانت تقف المحاكم المغربية عاجزة عن منع حدوثها.

ولقد حاول آنذاك المجلس الأعلى– محكمة النقض حاليا- أن يجد حلولا للمسألة، لدرجة أنه قد أدرج المسألة في الاجتماع الثاني لمجلس رؤساء الغرف بتاريخ: 19-4-1995، لكن ذلك لم يمنع

بقاء التضارب بين رأي من دعا إلى تمكين الحاضنة من بيت الزوجية وبين رأي من قال إن في ذلك ظلما وتعديا على حق الزوج بدون موجب.

لكل تلك الحيثيات جاء حسم المادة 168 من مدونة الأسرة بمجموعة من التدابير الدائرة على حل جديد هو **تقدير سكنى الحضانة بشكل مستقل عن التقدير المجمل لأجرتي النفقة و الحضانة،** وهو حل مكن منه الدور الجديد للقضاء و قاعدة مصلحة الطفل الفضلى، و لقد أرفقت المدونة هذا الحل بجملة تدابير جديدة لا أثر لها في المدونة القديمة، وهي:

- يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم ويؤدي مبلغ كرائه إذا كان مكتريا حسب تقدير المحكمة لأجرة الكراء.
- لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون، و لا يكون التنفيذ إلا بما يفيد توفير تلك السكنى الخاصة.
- تُلزم المحكمة بإرفاق حكمها ببيان الإجراءات الكفيلة التي اتخذتها ضمانا لاستمرار تنفيذ الأب للحكم الخاص بتوفير سكنى المحضون من قبل المحكوم عليه.
- أسند المشرع للمحكمة في المادة172 حق الاستعانة بمساعدة اجتماعية تقوم بزيارة السكن المخصص للمحضون وإنجاز تقرير حول ما يوفره من الحاجيات الضرورية للمحضون
- مسكن الرضيع المحضون في مدة الرضاع هو حجر أمه وليس بحاجة لسكن مخصوص لأنه لصيق بها. وأنه لا حق للحاضنة – سواء كانت أما أم لا- في تكاليف سكنى الرضيع المحضون، لذلك لا تحكم به المحاكم إن طلب . ثم إن المدونة لم تشر إلى الرضاع في الباب وإن أشارت إليه في النفقة، و الظاهر أن المدونة اعتبرت حاجات الرضيع مادية بينما الحضانة هي حاجة معنوية كما نبهنا إلى ذلك في مقاصدها، وبذلك تكون المدونة قد أجابت من يثير المسألة ويتهمها بالسكوت عنها.

➢ **ترتيب مستحقي الحضانة:**

نكتفي في هذه المسألة بالحديث عن مستجد الترتيب، أما الاستحقاق فقد أجبنا عنه ضمنا في مسألة طبيعة الحضانة أحق هي أم واجب؟

لكن قبل ذلك نذكّر بمسألتين مقيدتين لفهم القضية:

- إن أحكام الحضانة أغلبها اجتهادي لا نص قاطع في أغلب مسائلها، ومنها مسألة ترتيب الحاضنين، فهي لذلك داخلة **في باب الأولى لا في باب الأوجب** بعبارة الفقهاء.
- إن اختلاف الفقهاء في الترتيب هو بحسب ما كانت عليه المجتمعات المسلمة من تلاحم ومن توسع في مفهوم الأسرة التي تحتضن المرأة بمحضونها.

بناء على ذلك، فقد كان اختيار المدونة الملغاة في مادتها 99 مستندا إلى المشهور من رأي المالكية في ترتيب الأولياء، فكان ترتب مستحقي الحضانة حسب الشكل التالي :الأم- ثم أمها- ثم أم أمها- ثم أخت أمها الشقيقة – ثم التي لأمها- ثم للأب ..

وهو اختيار كان موائما لطبيعة الأسر المغربية أواسط القرن الميلادي الماضي، مما كان معهودا من تلاحم في نسق عائلي قريب من النسق القبلي. لكن بتطور المجتمع المغربي - الذي يلزم المشرع مواكبته – صار ذلك الترتيب عقبة كبيرة في تحقيق مقاصد الحضانة و المصلحة الفضلى للطفل؛ فقد كان الأب وهو الملزم بالإنفاق يجد عنتا وعبثا برفع دعوى إسقاط حضانة الأم - السيئة السمعة مثلا- فيقدم الأدلة والبراهين على ذاك ليجد الحكم الذي اقتنع بما جاء في دعواه ملزما بإسناد الحضانة لأم الحاضنة المحكوم ضدها، فيكون الأمر عودا على بدء.

وهي حالة لم تكن تغيض الأب وحده، بل إن القضاء نفسه كان يجد دوره لاغيا و تدابيره مكبلة بمقتضى المادة 99 التي تحصره في السهر على الانتقال الآلي للحضانة دون اعتبار لمصلحة الطفل. لذلك جاءت المادة 171 بالمستجد الذي ارتُقب كثيرا وهو إعادة النظر في ترتيب المستحقين مع توسيع دور القضاء في ظل مصلحة الطفل الفضلى . وهكذا حصر الترتيب المستحقين في ثلاثة أشخاص: **الأم، الأب، أم الأم** ليسندها القضاء بعد ذلك لمن يراه أصلح و أوفق لمصلحة الطفل. ثم إن مراعاة ترتيب الثلاثة لم تعد تعني الاستبدادَ بالحق، بل يكون ذلك وفق تحقق شروط نراها في الفقرة التالية.

و عموما فإن المدونة لما جعلت الأب في المرتبة الثانية بعد الأم تكون قد تجاوزت عبثية دعوى إسقاط الحضانة التي لا تفيد الأب رغم إثباته فساد عائلة برمتها، كما اعتبرت باقي الأقارب في مرتبة واحدة – سواء كانوا من جهة الأم أو من جهة الأب –بحيث صاروا خاضعين للسلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر في طلبهم الحضانة وفق قاعدة المصلحة الفضلى للمحضون.

لكن بقيت الإشارة إلى طبيعة الترتيب. هل لا بد للمستحق من الثلاثة أن يتقدم بطلب للمحكمة قبل ممارسة ذلك الحق أم أنه يستبد به بقوة القانون؟

يجاب عن المسألة بأن الحضانة صارت واجبا في كل الأحوال على المستحق – أي سواء كانت الزوجية قائمة أم لا – بمعنى أن ممارسة الواجب لا تحتاج إلى إذن في أساسها. ولا يناقض هذا ما جاء في المادة 176 "سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة ". بل يزكيه؛ بمعنى أن الأب لا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية كي يبادر إلى استعمال هذا الحق قبل مرور السنة، بل يستبد بذلك لأنه واجب مقدور عليه، و القاعدة الفقهية تقتضي أن" من قدر على شيء فله أخذه ما لم يكن عقوبة أو من فتنة و رذيلة". وقد ترجم الفقهاء هذه القاعدة بعبارة" الظفر" بمعنى أن الإنسان إذا كان له حق عند غيره وقدر على أخذه فإنه يجوز له أخذه منه.

- **شروط الاستحقاق والإسقاط:**

تقدم الحديث في الفقرة السابقة عن كون استحقاق الحضانة بالترتيب لم يعد حقا مطلقا، بل يمكن للمحكمة بسلطتها التقديرية و بطلب ممن له مصلحة – نيابة عامة أو عموم الأقارب – أن تعيد النظر في شروط الاستحقاق. لذلك فقد صارت هذه الشروط في غاية الأهمية، بدليل النقاش الذي ثار بخصوص جملة منها لما قدم مشروع المدونة بالبرلمان المغربي، خاصة ما تعلق بشرط الرعاية الدينية.

وهكذا فقد نصت المواد 173 - 174- 175 على شروط الاستحقاق مع تمييز بين ما إذا كان الحاضن من الأبوين أم لا. وعليه فإن الشروط العامة المطلوبة في الحاضن، هي:

- الرشد القانوني.
- الاستقامة والأمانة.
- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه .
- عدم زواج طالب الحضانة من الإناث، إلا:
  * إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون
  * إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

لكن هذه الشروط تكون موضع ترخيص خاص بالأبوين ، وللأم الحاضنة بصفة أخص. ومن ثمة فإن **بلوغ سن الرشد** ليس شرطا لاستحقاق الأبوين الحضانة، انسجاما مع حق الزواج دون تلك السن.

كما أن إلزام عامة الحاضنين **بمراقبة تمدرس المحضون** لا يلزم الحاضن من الأبوين، خاصة الأم. ولعل مراد المشرع بذلك أن لا يكون التغير الطبيعي في تمدرس المحضون المتأثر ضرورة بطلاق والديه ذريعة يسارع بها المستحق التالي في الترتيب لطلب إسقاط الحضانة.

و تبقى رخصة **عدم إسقاط الحضانة بالزواج** أوسع ما في الترخيص، بحيث إن الأم الحاضنة تتمتع برخصتين إضافيتين، لا تسقط بهما حضانتها:

- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها .
- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم .

ولما كانت مسألة الزواج هذه أوسع الرخص كما قلنا ، فلا بأس من بيان أصلها وكيف كان الحال في ظل المدونة الملغاة.

➢ **زواج الأم الحاضنة:**

لقد كانت الأم الشابة الحاضنة مضطرة في ظل المادة 105من المدونة الملغاة أن تضحي مبكرا بحقها في الزواج، مخافة أن يسقط ذلك حضانتها. ولقد كان الاعتماد كلية على ما نص عليه الحديث النبوي المتقدم من سقوط الحضانة بالزواج التي تستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم " ما لم تنكحي".

واعتبارا مرة أخرى لما ترتب عن ذلك من اضطراب قضائي، فإن مدونة الأسرة حاولت التوفيق بين المصالح، مصلحة المحضون وحق الحاضنة معا، فجاءت المادة 175 بالمقتضيات المذكورة. خاصة لما صارت محاكم الدرجة الأولى تضرب بعرض الحائط مقتضيات المادة 105 حتى في ظل سريان مقتضياتها قانونا؛ من ذلك مثلا الحكم الشجاع الصادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير قبل صدور مدونة الأسرة ، والذي اعتمدت فيه على الفصل الثالث من اتفاقية حقوق الطفل باعتبار مصلحة الطفل الفضلى بدل الفصل 105 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة. ومما جاء في تعليل الحكم "..إن مصلحة المحضون باعتباره أولى بالرعاية و الحماية القانونية لحقوقه تستدعي التحقق من عدم المساس بهذه المصلحة..وحيث اعتبارا للمصلحة الفضلى للبنت المحضونة تقرر عدم الاستجابة لطلب إسقاط الحضانة و تصرح برفضه"[4] .

فهذا الحكم سبق المقتضيات الجديدة في المدونة التي أقرت أن الزواج لا يسقط حضانة الأم إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها .

لكن رب قائل يقول: إن جديد المدونة و معتمد الاجتهاد القضائي قد خالف صريح الحديث النبوي الواضح في سقوط الحضانة عن الأم مباشرة بعد زواجها.

والجواب عن ذلك يبدأ بالتنبيه إلى أن المسألة ليست من القطعيات، حتى لا تجوز مخالفتها.

فإن كان مذهب جمهور الفقهاء مستندا إلى قوله صلي الله عليه وسلم: " أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكحِي"، معللين ذلك الاختيار بكون الولد قد يلحقه جفاء من زوج أمه، ويضيق عليه في النفقة، فيتضرر بذلك، وأن الحضانة إنما تثبت في الأصل للأم لزيادة شفقتها وحنانها، فإذا تزوجت انشغلت بزوجها وأضاعت شيئاً من حق ولدها، فزال بذلك حقها في الحضانة . فإن هناك رأيا قويا للظاهرية يقابل رأي الجمهور ذاك، فينسبونه للحسن البصري رحمه الله و أنه مروي عن عثمان رضي الله عنه ، فيقرون ببقاء الحضانة ولو بزواج الحاضنة، مستدلين لذلك بقول الله تعالى في آية المحرمات من النساء: " وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا

---

[4] حكم غير منشور ملف عدد 97/352 بتاريخ 98/6/4.

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ "[5]. كما استدلوا من السنة بحال أنس رضي الله عنه حين قال: قَدِمَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم المَدِينَةَ لَيْسَ لَهُ خَادِمٌ، فَأَخَذَ أَبُو طَلْحَةَ رضي الله عنه بِيَدِي، فَانْطَلَقَ بِي إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فقالَ: يَا رَسُولَ اللهِ! إِنَّ أَنَساً غُلامٌ كَيِّسٌ، فَلْيَخْدُمْكَ. قالَ: فَخَدَمْتُهُ ...الحديث" وكذلك بحال عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه حين قال: كُنْتُ فِي حِجْرِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم وَكَانَتْ يَدِي تَطِيشُ فِي الصَّحْفَةِ، فقالَ لِي: " يَا غُلامُ سَمِّ اللهَ، وَكُلْ بِيَمِينِكَ، وَكُلْ مِمَّا يَلِيكَ". على أن وجه الدلالة في الحديثين أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم ببقائهما معا في كفالة أميهما المتزوجتين ولم ينه عنه؛ فلو كانت الحضانة تنتقل من الأم إذا تزوجت بأجنبي، لبين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولما سكت عنه .

لكن ورغم وجود الرأيين معا في الفقه الإسلامي إلا أننا نجد المشرع المغربي لم يمل كلية لأحدهما دون الآخر، بل حاول الجمع بين الرأيين ثم التوفيق بينهما وبين مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل بقاعدتها الأساس " المصلحة الفضلى للطفل"، وهكذا جاءت مقتضيات المادة 173 ملفقة بين الجانبين لكن بتوفيق كبير في مراعاة مصلحة الجميع، بدليل أن الملزم بالأجرة قد استفاد هو نفسه من المقتضيات الجديدة، بحيث صارت تسقط عنه - بمقتضى الفقرة الأخيرة من 175 - تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة كلما تزوجت الأم الحاضنة، فلا يبقى ملزما إلا بنفقة المحضون.

وقد أثار البعض بسبب هذا المقتضى الجديد سؤالا عن إمكان تمتيع الأب الملزم بهذا الإسقاط أيضا في الحالة التي يكون المحضون هو من اختار ببلوغه 15 سنة. و الحقيقة أنه ليس بالفقرة الأخيرة من المادة 175 ما يدل على التخصيص ، بل جاء فيها المقتضى عاما ولا شيء قد صرفه عن عمومه ، مما يعني أنه يلزم تطبيق إسقاط الالتزام المالي للأب بمجرد زواج الحاضنة، سواء رغبت في بقاء حضانة طفلها بإرادتها أم اختارها المحضون، لأن الإسقاط في المادة مرتبط بمستجد الزواج لا بالاختيار، فلو اختار البقاء مع أمه وهي متزوجة فإن ذلك يسقط عن الأب أجرة الحضانة و سكناها دون أن يسقط حقها في الحضانة ، وهو ما جاء واضحا في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/31 ذهب فيه إلى الإقرار ببقاء الحضانة للأم وأن بلوغ المحضون سن الاختيار لا يسقط حضانة أمه إن اختار الاستمرار في حضانتها **ولو تزوجت بغير محرم.**

- **التدابير المرافقة لاختلال شروط الحضانة:**

أشرنا آنفا إلى أن مجرد الاستحقاق لا يمنع من إسقاط الحضانة سواء بإرادة المستحق أو رغما عنه، وذلك بتأثير اتفاقية حقوق الطفل مع ما رافقها من توسيع لدور النيابة العامة و لسلطة القاضي التقديرية، لهذا أتاح المشرع في المادة 165 الحق لكل من له المصلحة من الأقارب أو النيابة العامة في رفع دعوى لتختار المحكمة من تراه مناسبا للقيام بالحضانة إما من أقارب المحضون أو من غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة كلما توافرت الحالتان التاليتان:

- إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبله.
- إذا لم تتوفر الشروط في مستحقي الحضانة.

---

[5] سورة النساء: الآية 23

كما أن المدونة زادت من إحاطة المحضون بالتدابير الكفيلة لتحقيق مصلحته الفضلى بتنصيصها في الفقرة الأخيرة من المادة 173 على أنه كلما وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منها إلحاق الضرر بالمحضون إلا و سقطت الحضانة وانتقلت إلى غيره.
كما ألزمت في المادة 177 الأب و أم المحضون والأقارب وغيرهم بإخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها بما في ذلك إسقاط الحضانة.

➢ **السفر بالمحضون:**

من توابع إسقاط الحاضنة التي عدلتها المدونة الحالة المتعلقة بالسفر بالمحضون، إذ جاءت المستجدات مميزة السفر بالمحضون داخل الوطن من السفر به خارجه ؛ بحيث لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة إلى بلدة أخرى داخل المغرب مع مراعاة مصلحة المحضون، بعكس الانتقال خارج المغرب الذي يسقط الحضانة ما لم يوافق نائبه الشرعي، وهكذا فقد جاء في المادة179 أنه يمكن للمحكمة أن تقرر منع السفر بالمحضون إلى خارج لمغرب دون موافقة نائبه الشرعي إما بناء على:

- طلب النيابة العامة.
- أو طلب من النائب الشرعي للمحضون.

وتتولى النيابة العامة تبليغ هذا القرار إلى الجهات المختصة قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه.
غير أن الحاضنة يمكنها أن تراجع هذا المقرر نفسه - أي المتعلق بمنع السفر بالمحضون خارج الوطن- بطلب استعجالي للمحكمة كلما كان ضارا بحق المحضون، كما لو تعلق مثلا بتطبيبه أو بعطلة وجيزة تتعهد فيها أمام القضاء بإرجاعه.

➢ **تنظيم زيارة المحضون:**

مسألة زيارة المحضون من الحقوق المكفولة لغير الحاضن، لكن كانت مرتعا لتعسف كبير من مستحق الحضانة في ضوء المدونة الملغاة، إذ كانت الأم غالبا مما تتذرع بأسباب واهية لتتحلل مما ألتزمته أمام القاضي فتمنع الزيارة أو تفتعل خصومات جديدة تنتهي بفتح مساطر جنحية تكون أشد إيلاما للمحضون و عائدة بنتيجة عكسية على ما قُصد من الزيارة، لذلك جاءت المادة 184 من مدونة الأسرة صارمة في اقتضاء سقوط حق الحضانة عن المتحايل كلما ثبت في حقه إخلال أو تحايل في تنفيذ الاتفاق المنظم للزيارة المحضون .
ولقد حاولت المدونة من جهة أخرى إيفاء الزيارة كامل مقاصدها، وذلك لما مكنت من تحقيقها ولو باللجوء إلى طرف ثالث محايد تتم لديه. ثم إن مما أظهرت به المدونة مراعاة مصلحة الطفل الفضلى أنها قررت في المادة 185 عدم قطع صلة المحضون بعموم أقاربه من والديه في حالة وفاة أحدهما، بحيث يحل أبواه محله في حق الزيارة.